

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA – Consorcios y uniones temporales

[D]e conformidad con la posición unificada de la Sección Tercera, se debe concluir que –tal como ocurre en el caso *sub examine*–, cuando un consorcio o unión temporal desean demandar a la entidad pública con ocasión de los efectos provocados por los actos previos a la celebración del contrato, debe hacerlo por intermedio del representante legal que por voluntad de sus integrantes haya sido elegido para la representación del grupo, y las facultades de que se invistió se deben entender otorgadas para todos los efectos, es decir para el conjunto de actos que se generen con ocasión del contrato. En virtud no sólo de ello, sino además de que la ley autorizó a los consorcios y uniones temporales para ser sujetos de derechos y obligaciones –aún sin que, con su conformación, se genere una nueva persona jurídica adicional a la de aquellas que lo integran–, y puntualmente condicionó el cumplimiento del contrato, así como la responsabilidad en cualquier caso de incumplimiento, de manera solidaria para sus miembros, se precisa concluir que en el *sub lite* se imponía la integración del litisconsorcio, conformado por las personas jurídicas naturales y colectivas que dieron surgimiento a la Unión Temporal, contando con la debida representación legal del delegado por todos, sin la cual, no es posible tener como demandante o parte en el proceso a uno o parte de sus integrantes.

LITISCONSORCIO FACULTATIVO – Definición – Concepto – Noción

[S]erá un litisconsorcio facultativo cuando se trate de los actos previos a la celebración del contrato y de naturaleza necesaria cuando se trate de diferencias suscitadas con posterioridad a la celebración del mismo. Los artículos 50 y 51 del Código de Procedimiento Civil regulan las figuras jurídicas del litisconsorcio facultativo y necesario respectivamente. En el presente caso, se encuentra evidenciado que se tratan cargos en contra de la resolución que declaró desierto el proceso de licitación pública, razón por la que el litisconsorcio susceptible de integrarse era el de naturaleza facultativa, es decir, en presencia del cual el juez puede dictar sentencia sin necesidad de vincular a otro sujeto de derecho, gracias a que cada integrante de la unión temporal tiene una relación jurídica independiente.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ (E)

Bogotá D.C., nueve (09) de abril de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-26-000-1997-15087-01(32427)

Actor: UNION TEMPORAL NESTOR GRANADOS Y OTROS

Demandado: BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA

Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del

Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de abril de 2005 -fls. 296 a 306 del cdno. ppal.-, mediante la cual decidió:

“PRIMERO: Declarar la nulidad de la Resolución No. 640 del 23 de mayo de 1997, proferida por la gerente de la Beneficencia de Cundinamarca, por medio de la cual se declaró desierta la licitación No. 01 de 1997, solamente en lo referente a la parte propuesta correspondiente al señor Francisco Javier Sandoval y únicamente a favor del señor Francisco Javier Sandoval, de conformidad con las razones expresadas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, condénase a pagar a la Beneficencia de Cundinamarca, a título de indemnización por los perjuicios causados al señor Francisco Javier Sandoval, la suma de diez millones setenta mil seiscientos setenta y nueve pesos (\$10'070.679).

TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Para el cumplimiento de la sentencia se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

QUINTO: Sin condena en costas” (fl. 306 del cdno. ppal.).

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

En escrito presentado el 26 de septiembre de 1997, debidamente representado por apoderado judicial, el señor Francisco Sandoval, obrando en calidad de miembro de la Unión Temporal Néstor Granados, Vincy, Francisco Sandoval, FEPA LTDA -en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho-, demandó a la Beneficencia de Cundinamarca (fls. 2 a 26, cdno. 1), y formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: Que es nula la Resolución No. 0640 de mayo 23 de 1997, proferida por LA BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA, por medio del cual declaró desierta la licitación pública No. 01 cuyo objeto es la administración general de: vigilancia 24 horas, alimentación, mantenimiento., aseo, lavandería y ropería, materiales y suministros, administración e eventos deportivos, culturales a asistidos del CENTRO BIENESTAR DEL ANCIANO – VILLETA.

SEGUNDA: Que en consecuencia y como restablecimiento al derecho se declare que la propuesta presentada en la licitación pública número 01 de fecha 17 de marzo de 1997 por parte de la UNIÓN TEMPORAL NÉSTOR GRANADOS, VINCY, FRANCISCO

SANDOVAL, FEPA LTDA., cuyo objeto era la administración general de vigilancia 24 horas, alimentación, mantenimiento, aseo, lavandería y ropería, materiales y suministros, administración de eventos deportivos, culturales a asistidos del CENTRO BIENESTAR DEL ANCIANO – VILLETA, era la que más beneficio le reportaba y por tanto le correspondía a ella la adjudicación del contrato de administración general.

TERCERA: Que se condene a LA BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA a cancelarle a LA UNIÓN TEMPORAL NÉSTOR GRANADOS, VINCY, FRANCISCO SANDOVAL, FEPA LTDA., los daños y perjuicios causados a título de indemnización por la declaratoria desierta de la licitación y no adjudicación teniendo derecho a ella.

CUARTO: Que a la sentencia se le dé cumplimiento en los términos señalados en el art. 176 del C.C.A. (...)"

Para fundamentar las pretensiones el demandante narró que la Beneficencia de Cundinamarca, mediante la Resolución No. 0355-A del 17 de marzo de 1997 ordenó la apertura de la Licitación Pública No. 01, cuyo objeto era la administración general del Centro de Bienestar del Anciano en el Municipio de Villeta.

Explicó que en el pliego de condiciones se establecieron la forma de evaluación de las ofertas, los criterios para la adjudicación y las causales por las que operaría la declaratoria de desierta, entre las que se incluyeron (i) cuando no se presente propuesta alguna, (ii) Cuando ninguna de las propuestas presentadas se ajuste al presente pliego de condiciones, (iii) cuando se hubiese violado la reserva de las mismas de manera ostensible antes del cierre de la licitación y (iv) cuando existan motivos o causas que impidan la escogencia objetiva de la propuesta más favorable o en caso de quedar una sola propuesta para la adjudicación, que su puntaje sea inferior a 90 puntos sobre 100.

La licitación pública se abrió el 18 de abril de 1997 y se cerró el 6 de mayo siguiente a las 9:00 am, habiéndose presentado cuatro propuestas. Aun así, la gerente de la Beneficencia de Cundinamarca expidió la Resolución No. 0640 del 23 de mayo de 1997 –que le fue notificada personalmente al demandante el 26 de mayo siguiente- mediante la cual declaró desierta la licitación pública No. 1, fundamentándose para ello en que ninguna de las ofertas se ajustó a las condiciones mínimas de elegibilidad, puesto que ninguna alcanzó los 90 puntos sobre 100 posibles.

Bajo esas circunstancias, señaló que ese acto administrativo es violatorio de la ley y los pliegos de condiciones, puesto que desconocen los criterios de ponderación de los factores de evaluación allí contenidos, lo que se traduce en una falsa motivación y desviación de poder.

Sostuvo, además, que en la calificación otorgada se omitió asignar puntaje a un ítem especial, correspondiente a la variedad de menús ofrecidos, requerimiento que fue cumplido rigurosamente en la oferta y que no se compadece con el cero puntuado. Aseguró que también erró en el aspecto de organización empresarial, capacidad de endeudamiento y capacidad técnica.

Una vez declaró desierto el proceso de licitación, la entidad demandada procedió a contratar la administración integral del Centro de Bienestar del Anciano Villeta directamente con la Compañía Promotora de Salud COMPROSALUD, empresa que participó del concurso y obtuvo el puntaje más bajo.

Afirmó que la misma entidad, en procesos licitatorios con objetos semejantes, adjudicó el contrato a concursantes que habían obtenido una calificación inferior a los 90 puntos, circunstancia que pone en desigualdad a la Unión Temporal Néstor Granados, Vincy, Francisco Sandoval, FEPA LTDA, aun cuando cumplió estrictamente con las condiciones del pliego.

2. Contestación de la demanda

En proveído del 20 de octubre de 1997, previo a la admisión de la demanda, se señaló la ausencia de la resolución acusada y la constancia de su publicación, notificación o ejecución, requerimiento al que oportunamente el apoderado de la parte demandante contestó aclarando que la copia de la resolución fue allegada en copia simple porque la Beneficencia de Cundinamarca solo entregó copias informales y constancia de notificación y que en atención a ello solicitó oficiar a la entidad. La demanda fue admitida en auto del 24 de noviembre de esa anualidad y debidamente notificada a la demandada.

En escrito presentado oportunamente, el apoderado de la Beneficencia de Cundinamarca negó que la Resolución No. 0640 del 23 de mayo de 1997 haya desconocido el pliego de condiciones; sostuvo que la misma se fundamentó en la Ley 80 de 1993, buscando la favorabilidad de la entidad y las propuestas fueron

ponderadas objetivamente –en aplicación de los criterios preestablecidos-, a través del comité evaluador. Así mismo justificó su expedición argumentando que ninguna de las propuestas alcanzó el puntaje mínimo requerido. Bajo esas circunstancias, en ejercicio del literal g del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, la entidad procedió a contratar directamente el objeto requerido, mientras afirmó que el resultado de otras licitaciones no pertenece al asunto demandado y no interfiere con los derechos del demandante.

Insistió en que ninguna de las propuestas alcanzó el puntaje mínimo razón por la que la declaratoria de desierta era totalmente procedente; así mismo, negó que ante el incumplimiento de los requisitos de parte de los oferentes se deba reconocer ningún tipo de perjuicio.

Destacó que la entidad procedió a contratar directamente debido a la urgencia y premura de garantizar el bienestar de las personas de la tercera edad asistidas, población desprotegida que se encuentra en situación de vulnerabilidad.

De esa manera, propuso la excepción de indebida representación del demandado, por cuanto la persona que se indica en la demanda no se corresponde con el representante legal de la Beneficencia de Cundinamarca.

Oportunamente, la apoderada de la parte demandante recorrió el traslado de las excepciones, afirmando que la acción ejercida se interpuso en contra de una entidad pública y no de persona natural, razón por la que el llamado a comparecer al proceso es la persona que actualmente ejerza la representación legal.

3. Trámite del proceso

Mediante auto proferido el 21 de abril de 1999 se abrió a pruebas el proceso y en el mismo se decretaron los oficios dirigidos a la Beneficencia de Cundinamarca y la prueba pericial solicitados por el demandante, se ordenó el oficio a la entidad demandada y se decretó el dictamen pericial para determinar que la propuesta de la unión temporal reunía las condiciones exigidas y debió adjudicársele el contrato.

En proveído del 6 de febrero de 2002 se corrió el traslado a las partes para alegar de conclusión. En escrito oportunamente presentado, el apoderado de la parte demandada negó que se hubiera demostrado perjuicio alguno por lo que –afirmó-

mal puede pensarse en el restablecimiento de un derecho que nunca ha sido vulnerado.

Adujo que al demandante le bastó con afirmar que luego de declarar desierta la licitación la entidad procedió a la contratación directa -omitiendo que es la propia ley la que así lo dispone-, sin siquiera detenerse a comprobar que en verdad ocurrió así, en otras palabras, el demandante incumplió su carga probatoria.

Finalmente, respecto al informe pericial, el que denominó “la prueba reina del demandante”, sostuvo que sobre la misma pesó una solicitud de aclaración que revela la inconsistencia de las pretensiones, pues la respuesta de los expertos fue la misma, es decir, que la demanda resulta improcedente puesto que la evaluación otorgada fue adecuada a la oferta. Finalmente, negó la existencia de más medios probatorios con vocación de acreditar algún tipo de vulneración al pliego de condiciones o la ley, por lo cual solicitó declarar infundadas las pretensiones.

Las partes, así como el Ministerio Público, guardaron silencio.

II. LA SENTENCIA

En sentencia proferida el 20 de abril de 2005 el *a-quo* encontró procedente la acción incoada e interpuesta en la debida oportunidad. En cuanto a los integrantes del consorcio consideró que, con excepción del señor Francisco Sandoval quien es el demandante, los demás miembros del consorcio carecen de la legitimación en la causa por activa, teniendo en cuenta que su unión no configuró una persona jurídica diferente y por tanto no es posible colegir que el actor demande en representación legal de los demás integrantes, quienes no acudieron mediante demanda ante la jurisdicción lo que si permite presumir que no estaban interesados en atacar la resolución que declaró desierta la licitación.

Advirtió el *a-quo* que en la demanda se enuncian las normas violadas sin precisar el cargo concreto de la violación, pero que de su lectura se logra inferir que se alegó la falta de motivación de la resolución y la desviación de poder en que incurrió la Beneficencia de Cundinamarca al declarar desierta la licitación con fundamento en una causal inexistente.

En efecto, se logró determinar que no se configuró la causal de declaratoria de desierta invocada y motivada por la entidad, puesto que la misma consideraba un supuesto diferente, es decir, autorizaba el fin anticipado del proceso de selección cuando existiera una sola oferta hábil y esta no alcanzara un puntaje mínimo de 90 sobre 100 puntos, evento que no ocurrió pues se presentaron 4 propuestas diferentes, todas ellas hábiles.

En este sentido, consideró que de conformidad con el estatuto de contratación-, las causales de declaración de desierta son de interpretación restrictiva y sólo procederán por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva, razón por la que encontró demostrada la falta de motivación.

Además, encontró acreditado que la entidad demandada, en procesos de licitación contemporáneos y con objetos similares al estudiado en el *sub lite*, en los que ningún proponente obtuvo calificación igual o superior a 90 puntos, adjudicó la licitación desestimando la aplicación de la cláusula en virtud de la cual operaba la declaratoria de desierta en caso de que la única propuesta habilitada no alcanzara ese puntaje.

En consecuencia, declaró la nulidad de la Resolución No. 640 del 23 de mayo de 1997 proferida por la Beneficencia de Cundinamarca. Consideró que, a pesar del extravío de los antecedentes administrativos de la licitación, si la propuesta fue considerada como hábil en la resolución demandada, es porque encontró reunidos todos los requisitos para ello, incluida la póliza de garantía de seriedad de la oferta. En dicho sentido, en lo atinente a la liquidación de los perjuicios, aseguró que con las pruebas obrantes en el proceso no era posible establecer la utilidad que hubiera obtenido la unión temporal con la adjudicación del contrato y en cuanto tampoco se elaboró dictamen pericial que estableciera el monto a que hubiera ascendido, tomó como criterio de cuantificación de la indemnización el monto de la garantía de cumplimiento.

En ese orden, concedió la indemnización para el señor Francisco Sandoval teniendo en cuenta que de los \$136'000.000 a que ascendió la propuesta presentada la cifra asignada a la parte de la ejecución que le correspondía era de \$51'000.000, es decir, el 37,58% del valor total de la oferta. Así las cosas, siendo

del 10% la garantía de seriedad –es decir, \$5'110.000-, esta fue la base de la actualización monetaria que se totalizó en \$10'679.000.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el 16 de mayo de 2005 la apoderada de la Beneficencia de Cundinamarca interpuso recurso de apelación mediante el cual solicitó se revoque la sentencia y se nieguen las pretensiones de la demanda.

Afirmó que la analogía realizada con los demás procesos licitatorios para establecer que la Beneficencia de Cundinamarca había adjudicado contratos a oferentes cuya calificación había sido inferior a 90 puntos es improcedente, comoquiera que cada proceso obedece a su propio reglamento, estructurado con la participación de los interesados y en el caso que se examina ninguno de los proponentes manifestó inconformidad con lo estipulado en el pliego de condiciones respecto a las causales de declaratoria de desierta del proceso; además, las condiciones requeridas para la atención de personas de la tercera edad dista mucho de las especificaciones que precisan las áreas de niñez y juventud, por lo que no resulta adecuada la homologación de exigencias.

Insistió en que ninguna de las propuestas realizadas cumplió plenamente con los requisitos exigidos para el cabal cumplimiento del objeto a contratar, pero en todo caso, de persistir la condena, la liquidación se encuentra errada, puesto que el 10% correspondiente a la garantía de seriedad del ítem alimentación, es decir, \$5'110.000, debe ser dividido entre los integrantes de la Unión Temporal, de allí que la cifra a indemnizar sea de \$1'705.0000

El recurso fue concedido en auto del 10 de agosto de 2005 y admitido en esta corporación el 3 de abril de 2006. El 22 de mayo de la misma anualidad se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y se ordenó el traslado especial al Ministerio Público.

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 20 de abril de 2005, proferida por la Subsección B, Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través del siguiente derrotero: 1) Competencia del Consejo de Estado, 2) las partes del proceso, 3) hechos demostrados y análisis probatorio, y 4) conclusiones e indemnización de perjuicios.

1. Competencia del Consejo de Estado

Conforme al artículo 129 del Código Contencioso Administrativo¹, en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999 del Consejo de Estado -modificado por el Acuerdo No. 55 de 2003-, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho.

En el asunto que nos ocupa, la demandante presentó -en primera instancia- acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Resolución No. 0640 del 23 de mayo de 1997, proferida por la Beneficencia de Cundinamarca, mediante la cual declaró desierta la licitación No. 01 de esa anualidad, con fundamento en que el pliego de condiciones estableció un puntaje mínimo que ninguna de las ofertas presentadas alcanzó. De otra parte, cuando se presentó el recurso de apelación -16 de mayo de 2005- para que un proceso fuera de doble instancia la cuantía debía exceder de 300 salarios mínimos legales mensuales, de conformidad con el numeral 3, artículo 132 de la misma codificación, y en el caso bajo estudio la pretensión mayor es de \$138'834.794, por lo que su impugnación es procedente.

2. Las partes del proceso

¹ "Artículo 129.- El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. (...)."

El señor Francisco Javier Sandoval, en calidad de miembro de la Unión Temporal Néstor Granados, Vincy, Francisco Sandoval y FEPA LTDA., demandó la nulidad de la Resolución No. 0640 del 23 de mayo de 1998 proferida por la Beneficencia de Cundinamarca, mediante la cual declaró desierta la licitación pública No. 01 de 1997 –cuyo objeto era la administración general del Centro de Bienestar del Anciano en el municipio de Villeta-, con fundamento en que ninguna de las propuestas se ajustó al pliego de condiciones al no reunir los presupuestos de elegibilidad y escogencia objetiva, dado que ninguna alcanzó el puntaje mínimo requerido de 90 sobre 100 puntos.

Por otro lado, además de la nulidad de la resolución en comento, deprecó el reconocimiento de que la presentada por la unión temporal era la mejor propuesta y en consecuencia solicitó para ella la indemnización y pago por los daños y perjuicios causados con la declaratoria de desierta; en todo caso, no obstante el demandante se suscribe como integrante de la unión temporal, lo cierto es que asiste al proceso de manera individual y en todo caso no cuenta con la representación legal que lo faculte para defender o reclamar los derechos e intereses de las demás personas jurídicas y naturales que la conformaron, por lo cual será menester establecer si cuenta con la capacidad para demandar sus pretensiones de forma separada a los integrantes de la unión temporal que no se vincularon al proceso.

Al respecto, se debe tener en cuenta el auto de unificación de jurisprudencia proferido por la Sala Plena de la Sección Tercera –que se citará *in extenso*-, mediante el cual se resuelve la capacidad de los consorcios y uniones temporales para comparecer como partes en los procesos judiciales, proveído en el que se puntualizó con especial *sindéresis*:

“[s]i bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva figura plural de oferentes o de contratistas, lo cierto es que **además de contar con la aptitud para ser parte en el correspondiente procedimiento administrativo de selección de contratistas – comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos administrativos de selección contractual como de los propios contratos estatales–, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales** que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la

celebración y ejecución del contrato estatal respectivo –*legitimatío ad processum*-, por intermedio de su representante.

El planteamiento que acaba de esbozarse en modo alguno desconoce que el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil –C. de P. C.-, atribuye “(...) *capacidad para comparecer por sí al proceso* (...)”, a las personas, naturales o jurídicas, que pueden disponer de sus derechos, sin embargo se precisa que esa condición no se encuentra instituida en la norma como una exigencia absoluta, puesto que resulta claro que incluso la propia ley procesal civil consagra algunas excepciones, tal como ocurre con la herencia yacente o con los patrimonios autónomos, los cuales, a pesar de no contar con personalidad jurídica propia, sí pueden ser sujetos procesales, de lo cual se desprende que **el hecho de que los consorcios y las uniones temporales carezcan de personalidad jurídica independiente, no constituye fundamento suficiente para concluir que carecen de capacidad para ser sujetos, activos o pasivos, en un proceso judicial.**

La jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia puso de presente, desde hace varios lustros, que la capacidad para comparecer en juicio no se encuentra, en modo alguno, supeditada al requisito de la personalidad jurídica, tal como lo evidencian los pronunciamientos consignados en el fallo emitido por su Sala Plena, en agosto 23 de 1984.

A la luz de la normativa procesal que regula, de manera especial, el actuar de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, resulta más claro aunque la exigencia de la personalidad jurídica no constituye requisito indispensable para asumir la calidad de parte dentro de un determinado proceso o para actuar dentro del mismo.

Así se desprende con claridad del contenido del artículo 149 del C.C.A., mediante el cual se determina que “[l]as *entidades públicas y privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos Contencioso Administrativos* (...)”, al tiempo que agrega que “[e]llas *podrán incoar todas las acciones previstas en este código si las circunstancias lo ameritan*”.

Téngase presente que la norma legal en cita condiciona la posibilidad de que las entidades públicas y privadas puedan obrar como demandantes, como demandadas o como intervinientes, en los procesos contencioso administrativos, al cumplimiento de *funciones públicas* por parte de las mismas, mas no a la exigencia de que cuenten con personalidad jurídica independiente.

(...)

Tiénese de lo anterior que la personalidad jurídica no es exigida, en el ordenamiento jurídico colombiano, como un requisito absoluto, *sine qua non*, para el ejercicio de las acciones judiciales o, lo que a la postre es lo mismo, para actuar válidamente en los procesos, ora en calidad de demandante ora de demandado o, incluso, como tercero interviniente, según cada caso.

La providencia que se deja parcialmente transcrita y, en especial, las normas legales que regulan la materia, permiten inferir con claridad que los consorcios y las uniones temporales se encuentran dotados de capacidad jurídica, expresamente otorgada por la ley, a pesar de que evidentemente no son personas morales, porque para contar con capacidad jurídica no es requisito ser persona.

(...)

Para abundar en razones que conducen a concluir que los consorcios y las uniones temporales se encuentran debidamente facultados para comparecer a los procesos judiciales que se promuevan u originen en relación con los procedimientos de selección o con los contratos estatales en los cuales aquellos pueden intervenir o asumir la condición de parte, según el caso, importa destacar que el inciso segundo del párrafo primero del artículo séptimo de la citada Ley 80, determina que **“/los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal (...),”** cuestión que obliga a destacar que el legislador **no limitó y no condicionó, en modo alguno, el amplio alcance de las facultades que, por mandato normativo, acompaña a quien se designe como representante** de una de esas organizaciones, lo cual se opone por completo a las indicaciones anteriormente formuladas por la Sala en cuanto se venía sosteniendo que el representante de un consorcio o unión temporal tendría facultades para **los solos efectos** relativos a la celebración y ejecución del contrato.

Así, en la medida en que la ley no hizo distinción alguna acerca de la **totalidad** de los efectos para los cuales se hará la designación del representante del consorcio o unión temporal, es claro que no podrá hacerlo el intérprete. De manera que al determinar que las facultades correspondientes comprenderán **todos los efectos**, en ellos deben entenderse incluidas las actuaciones de índole precontractual y contractual que puedan y deban desplegarse en sede administrativa, como por ejemplo aquellas encaminadas a definir los términos de la oferta y la presentación de la misma; notificarse de la decisión de declaratoria de desierta, si a ella hubiere lugar e interponer el correspondiente recurso de reposición; notificarse de la resolución de adjudicación; celebrar el correspondiente contrato; constituir y presentar, para aprobación, las garantías que aseguren su cumplimiento; formular cuentas de cobro o facturas; recibir los pagos; efectuar las entregas o cumplir las prestaciones a que hubiere lugar; convenir modificaciones, ajustes, adiciones o prórrogas; concurrir a la liquidación del contrato y acordar los términos de la misma; lograr acuerdos o conciliaciones; notificarse de los actos administrativos de índole contractual que expida la entidad contratante e impugnarlos en vía gubernativa, etc.

Como resulta apenas natural, ha de entenderse también que la representación del consorcio o de la unión temporal, en los términos de la ley, para todos los efectos, comprenderá por igual las actuaciones procesales que deban emprenderse o

desplegarse con el propósito de reclamar o defender en juicio los derechos derivados de la propuesta o del contrato. Es más, resultaría contradictorio e inadmisibles suponer que el representante de una de esas agrupaciones empresariales pudiese celebrar el contrato, convenir su liquidación y hacer salvedades acerca de su contenido o notificarse válidamente de los actos administrativos contractuales e incluso recurrirlos en sede administrativa, pero que una vez agotada la vía gubernativa no pudiese demandar esos actos o el contrato mismo ante el juez competente o formular demandas en relación con las salvedades consignadas en el acta de liquidación final.

Surge aquí un efecto adicional que importa destacar, consistente en que la notificación que de los actos contractuales expedidos por la entidad estatal en relación o con ocasión de un contrato celebrado con un consorcio o una unión temporal, se realice con el representante de la respectiva agrupación, será una notificación que se tendrá por bien hecha, sin que resulte necesario entonces, para que el acto administrativo correspondiente produzca la plenitud de sus efectos, que la entidad contratante deba buscar y hasta 'perseguir', por el país o por el mundo entero, a los múltiples y variados integrantes del consorcio o de la unión temporal contratista.

Lo anterior porque el representante de los consorcios y de las uniones temporales, concebido y exigido por la ley **para todos los efectos**, es mucho más que un representante o mandatario de cada uno de los integrantes de la agrupación, individualmente considerados, al cual cada quien pudiese modificarle o revocarle su propio y particular mandato a través de actos igualmente individuales, situación que llevaría a admitir entonces que cada integrante de la agrupación podría iniciar, por su propia cuenta, gestiones ante la entidad contratante en relación con el contrato estatal o designar otro representante diferente para que vele por sus propios y respectivos intereses particulares, de suerte que la entidad estatal contratante, en una situación que resultaría abiertamente contraria a los principios constitucionales y legales de economía, de eficacia y de eficiencia, tendría que entenderse, a propósito de un solo y único contrato estatal, con tantos representantes o interesados como integrantes tuviese el respectivo consorcio o unión temporal.

Por el contrario, la norma legal en cita lo que pretendió es que en el caso de la celebración de contratos estatales con consorcios o con uniones temporales, por ella misma autorizados de manera expresa (artículo 6, Ley 80), la Administración Pública pueda contar con un solo y único interlocutor válido que, a la vez, disponga de facultades amplias y suficientes, esto es **para todos los efectos**, que le permitan, de manera ágil y eficiente, ventilar, discutir, convenir, decidir o notificarse de aquellos asuntos de índole contractual que por su naturaleza están encaminados a satisfacer el interés general, como es propio de los contratos de Derecho Público.

Así pues, el representante del consorcio o de la unión temporal, que por ley debe ser designado para todos los efectos, lo es de la agrupación empresarial en su conjunto, del ente al cual se refiere la ficción legal y no de cada uno de sus integrantes

individualmente considerados, cuestión que se condensa en la máxima que enseña que el todo es más que la simple suma de sus partes.

También hay lugar a señalar que si con sujeción a las previsiones de los artículos 6, 7 y 70 de la Ley 80, en un contrato estatal celebrado por un consorcio o por una unión temporal a través de su representante, se incorpora una cláusula compromisoria, la misma estará llamada a generar importantes efectos de índole procesal, como aquellos relacionados con la determinación del juez del contrato, por lo cual resultaría incompatible tener a esa cláusula, pactada por el representante del consorcio o de la unión temporal, como fuente de la habilitación y determinación de la competencia de los árbitros pero, a la vez, negarle a esa misma organización empresarial la posibilidad de promover o concurrir al respectivo proceso arbitral por intermedio de su representante.

Para corroborar el sentido y el alcance de la norma legal que le atribuye al representante del consorcio o de la unión temporal la facultad de actuar en nombre de la respectiva agrupación **para todos los efectos**, además de lo dicho importa resaltar que la misma Ley 80, en su apartado 22.4, al regular aspectos relacionados con el registro de proponentes determinó con claridad que “[c]uando se trate de personas naturales extranjeras sin domicilio en el país o de personas jurídicas privadas extranjeras que no tengan establecida sucursal en Colombia (...) deberán acreditar en el país un apoderado domiciliado en Colombia debidamente facultado para **presentar la propuesta y celebrar el contrato, así como para representarlas judicial y extrajudicialmente**”.

Lo anterior sirve de fundamento para destacar que aunque en el texto de la Ley 80 se encuentran perfectamente claras las limitaciones generales que podrían afectar la representación en asuntos contractuales, al distinguir, de una parte, entre **la presentación de la propuesta** por oposición a **la celebración del contrato** y, de otra parte, la **representación judicial** frente a la **representación extrajudicial**, de todas maneras, y aquí radica la importancia de lo normado en el párrafo 1º del artículo 7 de la Ley 80, ninguna diferenciación introdujo el mismo legislador en relación con el alcance de las facultades de los representantes de los consorcios y de las uniones temporales, comoquiera que determinó con precisión que quien sea designado llevará la representación de esas agrupaciones **para todos los efectos**, cuestión que involucra, precisamente, todas las actuaciones anteriormente aludidas, entre las cuales se encuentran –bueno es reiterarlo-, aquellas actuaciones tanto de índole judicial como extrajudicial.

Por si lo anterior no fuese suficiente, se agrega que el efecto útil, como criterio rector de interpretación normativa, **impone admitir que los artículos 6 y 7 de la Ley 80 tuvieron el claro y evidente propósito de dotar a los consorcios y a las uniones temporales de la capacidad jurídica necesaria tanto para celebrar contratos estatales como para comparecer en juicio, cuando se debatan asuntos relacionados con los mismos**; si ello no fuere así y no produjere tales efectos en el campo procesal, habría que concluir

entonces que las disposiciones legales aludidas saldrían sobrando o carecerían de sentido, criterio hermenéutico que llevaría a negarles la totalidad o buena parte de sus efectos.

Ciertamente, si la parte final del aludido artículo 6 de la Ley 80 no produjere el efecto de dotar, a los consorcios y a las uniones temporales, de plena capacidad contractual frente a las entidades estatales, incluyendo la obvia facultad de que esas organizaciones puedan exigir o defender en juicio los derechos de los cuales son titulares y que se derivan de tales contratos, bien podría sostenerse entonces que ese segmento normativo ningún agregado habría aportado al ordenamiento colombiano, comoquiera que con base en las normas civiles y mercantiles cuya regulación incorpora el artículo 13 de la Ley 80 en el estatuto de contratación estatal respecto de los asuntos no reglados de manera especial, las entidades públicas perfectamente habrían podido celebrar contratos con pluralidad de contratistas como contraparte, puesto que al denominado Derecho Privado no resultan ajenas, en modo alguno, las relaciones contractuales en las cuales uno o varios de sus extremos se encuentran integrados por multiplicidad de personas, naturales o jurídicas (artículos 1568 y sts. C.C., y artículo 825 C. de Co.).

Obviamente en el campo regido de manera exclusiva por las normas de los Códigos Civil o de Comercio, en los cuales las agrupaciones respectivas también carecen de personalidad jurídica, la falta de regulación al respecto determina que la comparecencia en juicio deban hacerla, en forma individual, cada uno de los integrantes del respectivo extremo contractual.

Es allí donde radica la importante diferencia que se registra entre la inexistencia de regulación sobre la materia en los Códigos Civil y de Comercio, en contraste con la norma especial, de Derecho Público, que de manera expresa dota a los consorcios y a las uniones temporales de capacidad, suficiente y plena, para celebrar contratos con las entidades estatales, por manera que su significado va más allá de la simple previsión, en tal caso inane e innecesaria, de limitarse a contemplar la posibilidad de que en los contratos estatales la parte privada pueda estar integrada por más de una persona, natural o jurídica.

Estas mismas argumentaciones sirven para descartar la opción interpretativa encaminada a concebir a los consorcios y a las uniones temporales como simples mecanismos o instrumentos de representación de cada uno de sus integrantes a través del representante común designado para el efecto, puesto que en esa perspectiva a la norma legal especial que se viene mencionando también se le estarían restando o anulando todos sus efectos, como quiera que la figura de la representación se encuentra ampliamente regulada tanto en el Código Civil –artículo 1505– como en el Código de Comercio –artículos 832 a 844–, sin que para su aplicación en la contratación estatal hubiere sido menester consagrar la autorización expresa que faculta a los consorcios y a las uniones temporales para celebrar contratos con las entidades del Estado, en la medida en que la ausencia de regulación especial se supliría con la aplicación de las

normas aludidas, incorporadas, como ya se comentó, al Estatuto de Contratación Estatal por mandato de su artículo 13.

Lo propio cabe comentar acerca de varios apartes del artículo 7 de la misma Ley 80; así por ejemplo, si la responsabilidad solidaria que expresamente consagró la norma respecto de los integrantes del consorcio o de la unión temporal, frente a “(...) *todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato (...)*” – artículo 7-1– o, en otros términos, “(...) *por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado (...)*” – artículo 7-2–, no tuviere propósitos y efectos especiales, amén de que **su consagración expresa se justifica e impone en cuanto la propia ley partió del supuesto de que la oferta es formulada, en cada caso, por el respectivo consorcio o unión temporal y que esa ‘agrupación’ o ‘ente’ es la parte del contrato –que no los diversos integrantes individualmente considerados–, sencillamente habría podido prescindirse de la norma**, puesto que en tal hipótesis y por la incorporación dispuesta en el aludido artículo 13 de la Ley 80, habría que concluir que a los contratos estatales a cuya celebración concurrieren uno o más comerciantes –artículo 22 C. de Co.– bajo la figura de consorcio o de unión temporal, sencillamente resultaría aplicable la presunción de solidaridad pasiva que el estatuto mercantil recoge en su artículo 825.

Razonando de la misma manera habría lugar a sostener entonces que el segmento normativo del citado artículo 7 de la Ley 80, por cuya virtud se regulan la necesidad, las facultades y los efectos de la designación de un representante del consorcio o de la unión temporal, igual estaría sobrando y ningún efecto útil contendría en cuanto se entendiese, simplemente, que dichos apartes estarían limitados a concebir al representante de la agrupación como un representante más o mandatario común de los respectivos integrantes, individualmente considerados, comoquiera que para llegar a ese punto habría bastado con aplicar los preceptos del Derecho Privado que se ocupan de regular la figura de la representación, esto es los aludidos artículos 1505 del Código Civil o los que van del 832 al 844 del Código de Comercio, según el caso, los cuales, bueno es reiterarlo, se encuentran incorporados en lo pertinente al Estatuto de Contratación Estatal, por expreso mandato de su artículo 13.

A todo lo anterior se añaden los importantes efectos que para corroborar la tesis aquí expuesta se desprenden del inciso segundo del artículo 52 de la misma Ley 80, norma que al regular la **“RESPONSABILIDAD DE LOS CONTRATISTAS”**, determinó:

“Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7º de esta ley”.

Téngase presente que la norma legal transcrita distingue perfectamente entre los consorcios y las uniones temporales por un lado y los integrantes de tales organizaciones por el otro, al punto de hacer responsables a los primeros por las actuaciones u omisiones de los segundos.

De otro lado es claro que si al ocuparse del tema de la responsabilidad civil de los contratistas, la ley determina con claridad que quienes deben asumirla serán los consorcios o las uniones temporales, según cada caso, obvio resulta que una de las maneras, previstas en el ordenamiento legal, para hacer exigible dicha responsabilidad civil será mediante el ejercicio de las correspondientes acciones judiciales, cuestión que, naturalmente, supone la necesidad e importancia de permitir que dichas organizaciones empresariales puedan ser convocadas a los procesos judiciales y que en los mismos puedan desplegar sus actuaciones para ejercer sus derechos, como el fundamental de defensa.

En este orden de ideas se modifica la tesis que hasta ahora ha sostenido la Sala, con el propósito de que se reafirme que si bien los consorcios y las uniones temporales no constituyen personas jurídicas independientes, sí cuentan con capacidad, como sujetos de derechos y obligaciones (artículos 44 del C. de P.C. y 87 C.C.A.²), para actuar en los procesos judiciales, por conducto de su representante, sin perjuicio, claro está, de observar el respectivo *jus postulandi*.

También debe precisarse que la tesis expuesta sólo está llamada a operar en cuanto corresponda **a los litigios derivados de los contratos estatales o sus correspondientes procedimientos de selección**, puesto que la capacidad jurídica que la Ley 80 otorgó a los consorcios y a las uniones temporales se limitó a la celebración de esa clase de contratos y la consiguiente participación en la respectiva selección de los contratistas particulares, sin que, por tanto, la aludida capacidad contractual y sus efectos puedan extenderse a otros campos diferentes, como los relativos a las relaciones jurídicas que, de manera colectiva o individual, pretendan establecer los integrantes de esas agrupaciones con terceros, ajenos al respectivo contrato estatal, independientemente de que tales vínculos pudieren tener como propósito el desarrollo de actividades encaminadas al cumplimiento, total o parcial, del correspondiente contrato estatal³. (Negrillas con Subrayas de la Sala).

Así las cosas, de conformidad con la posición unificada de la Sección Tercera, se debe concluir que –tal como ocurre en el caso *sub examine*–, cuando un consorcio o unión temporal desean demandar a la entidad pública con ocasión de los efectos provocados por los actos previos a la celebración del contrato, debe hacerlo por intermedio del representante legal que por voluntad de sus integrantes haya sido elegido para la representación del grupo, y las facultades de que se invistió se deben entender otorgadas para todos los efectos, es decir para el conjunto de

² Como de igual modo, según se ha indicado ya dentro de este pronunciamiento, lo establecen los artículos 141 de la Ley 1437 de 2011 y 53 y 54 de la Ley 1564 de 2012.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 25 de septiembre de 2013 – C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 19.933

actos que se generen con ocasión del contrato. En virtud no sólo de ello, sino además de que la ley autorizó a los consorcios y uniones temporales para ser sujetos de derechos y obligaciones –aún sin que, con su conformación, se genere una nueva persona jurídica adicional a la de aquellas que lo integran-, y puntualmente condicionó el cumplimiento del contrato, así como la responsabilidad en cualquier caso de incumplimiento, de manera solidaria para sus miembros, se precisa concluir que en el *sub lite* se imponía la integración del litisconsorcio, conformado por las personas jurídicas naturales y colectivas que dieron surgimiento a la Unión Temporal, contando con la debida representación legal del delegado por todos, sin la cual, no es posible tener como demandante o parte en el proceso a uno o parte de sus integrantes.

De esta manera, concluyó la Sala de la Sección Tercera la unificación jurisprudencial respecto a la capacidad para demandar de los consorcios y uniones temporales y los elementos de su debida legitimación en la causa:

“Finalmente, la Sala estima necesario precisar y enfatizar que la rectificación jurisprudencial que mediante la presente decisión se efectúa en relación con la capacidad procesal que les asiste a los consorcios y a las uniones temporales para comparecer como sujetos en los procesos judiciales en los cuales se debaten asuntos relacionados con los derechos o intereses de los que son titulares o que discuten o que de alguna otra manera les conciernen en razón de su condición de contratistas de las entidades estatales o de interesados o participantes en los procedimientos de selección contractual, de ninguna manera debe considerarse como una cortapisa para que los integrantes de los respectivos consorcios o uniones temporales, individualmente considerados –sean personas naturales o jurídicas– puedan comparecer al proceso –en condición de demandante(s) o de demandado(s)–.

Ciertamente, la modificación de la Jurisprudencia que aquí se lleva a cabo apunta únicamente a dejar de lado aquella tesis jurisprudencial en cuya virtud se consideraba, hasta este momento, que en cuanto los consorcios y las uniones temporales carecen de personalidad jurídica propia e independiente, no les resultaba dable comparecer a los procesos judiciales porque esa condición estaba reservada de manera exclusiva a las personas –ora naturales, ora jurídicas–, por lo cual se concluía que en los correspondientes procesos judiciales únicamente podían ocupar alguno de sus extremos los integrantes de tales organizaciones empresariales.

En consecuencia, a partir del presente proveído se concluye que tanto los consorcios como las uniones temporales sí se encuentran legalmente facultados para concurrir, por conducto de su representante, a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del procedimiento administrativo de selección

de contratistas o de la celebración y ejecución de los contratos estatales en relación con los cuales tengan algún interés, cuestión que de ninguna manera excluye la opción, que naturalmente continúa vigente, de que los integrantes de tales consorcios o uniones temporales también puedan, si así lo deciden y siempre que para ello satisfagan los requisitos y presupuestos exigidos en las normas vigentes para el efecto, comparecer a los procesos judiciales –bien como demandantes, bien como demandados, bien como terceros legitimados o incluso en la condición de litisconsortes, facultativos o necesarios, según corresponda–, opción que de ser ejercida deberá consultar, como resulta apenas natural, las exigencias relacionadas con la debida integración del contradictorio, por manera que, en aquellos eventos en que varios o uno solo de los integrantes de un consorcio o de una unión temporal concurren a un proceso judicial, en su condición individual e independiente, deberán satisfacerse las reglas que deban aplicarse, según las particularidades de cada caso específico, para que los demás integrantes del correspondiente consorcio o unión temporal deban o puedan ser vinculados en condición de litisconsortes, facultativos o necesarios, según corresponda”.

De esta manera, no resta más que concluir que, por encontrarse demostrado que el señor Francisco Javier Sandoval formó parte de la Unión Temporal Néstor Granados, Vincy, Francisco Sandoval, FEPA LTDA, su capacidad para hacer parte se encuentra más que satisfecha. Sin embargo, a pesar de ello, no cumplió con el deber y la ritualidad de convocar al mismo a los demás integrantes de la unión que participó en la licitación No. 01 de 1997, adelantada por la Beneficencia de Cundinamarca, razón por la cual su legitimación en la causa se entiende agotada cuando, debiendo promover la integración del litisconsorcio necesario – comoquiera que la unión temporal en pleno no acudió a la jurisdicción mediante el apoderado facultado por el representante legal de las personas jurídicas y naturales que lo conformaron-,

Se podría proponer entonces la nulidad por la causal No. 9 del artículo 140, es decir la pretermisión de la notificación a personas determinadas que deban ser citadas como parte –en este caso la que se debió llevar a cabo a los demás integrantes de la unión temporal para que conformaran el litisconsorcio necesario-, razón por la cual se debe atender al momento en que el juzgador se percató de su existencia, circunstancia regulada en el artículo 145 del CPC, que sostiene que el juez que la advierte debe correr traslado a la parte afectada durante tres días después de los cuales, sin la alegación pertinente de la nulidad, esta quedará saneada y el proceso deberá continuar su curso o, caso contrario, el juez quedará facultado para declararla, por lo que el proceso se deberá retrotraer hasta el acto que la originó, en este caso, el que admitió la demanda, conminando al juez de

primera instancia a ordenar la debida notificación de los demás integrantes de la unión temporal por presentarse un litisconsorcio de naturaleza necesaria.

No obstante, teniendo en cuenta la tesis acogida por la Sección Tercera en la sentencia proferida el 13 de mayo de 2004 –que además es citada en el recuento histórico del auto de unificación-, en la cual, previa diferenciación de litisconsorcio necesario y facultativo-, se aseguró que la no adjudicación al consorcio o unión temporal les determina la posibilidad de que demanden los intereses y derechos que eventualmente les hayan sido lesionados, circunstancia diferente al caso en el que se les adjudicó el contrato y decidan acudir judicialmente a la protección de los derechos que durante la ejecución o liquidación del mismo les hayan sido conculcados, supuestos que repercuten en la naturaleza del litisconsorcio que se debe conformar en cada caso:

“Ahora bien, cuando se presenta la propuesta y esta no resulta seleccionada, no surgen las referidas obligaciones y el consorcio pierde vigencia.⁴

En consecuencia, la no adjudicación impide la constitución de la relación jurídico sustancial con la entidad y el nacimiento de obligaciones a cargo de los miembros del consorcio, máxime cuando la ley considera que la propuesta es presentada en forma conjunta por los sujetos consorciados⁵, que escogieron esa figura negocial para participar en el procedimiento licitatorio o concursal.

Se tiene así que la privación injusta de la adjudicación al consorcio determina la lesión de los derechos subjetivos de que son titulares cada uno de sus miembros y, en esa medida, pueden éstos, en forma independiente o conjunta, ejercitar la correspondiente acción para demandar la nulidad del acto por medio del cual se adjudicó a otro o se declaró desierta la licitación y la consecuente indemnización de los perjuicios.

La situación es diferente cuando el consorcio es adjudicatario o contratista porque en estos eventos surge una relación jurídico sustancial entre el consorcio, en calidad de adjudicatario o contratista y la entidad adjudicataria o contratante, de la que se derivan facultades y obligaciones correlativas entre los mismos.

⁴ En auto proferido el 23 de mayo de 2002, expediente 17588, dijo la Sala: “El Consorcio se origina para la presentación de una propuesta, para la adjudicación, celebración y para la ejecución del Contrato por varias personas en forma conjunta, [es decir que puede hablarse o del consorcio limitado a la presentación de la oferta cuando el mismo consorcio no resultó adjudicatario](#) o cuando resultando serlo, por tal situación jurídica particular se extiende para la celebración y ejecución del contrato, por determinación legal.”

⁵ Arts. 3 del decreto ley 222 de 1983 y 7 de la ley 80 de 1993.

Lo anterior es complementado por el auto de la Sección Tercera del 9 de febrero de 2011, en el que se dejó anotado:

“De esta forma extrayendo el criterio de la anterior jurisprudencia, obviamente traída a la relación entre los miembros del consorcio o unión temporal, afirma la Sala que, en el caso de los consorcios o uniones temporales no seleccionados y si estos consideran que existen méritos suficientes para interponer una demanda, cualquiera de las partes que integraban el mismo podrá ejercer su derecho de acción de manera independiente⁶, ya que en ningún caso nació la relación jurídica sustancial que los obligue a actuar en calidad de litisconsortes necesarios. Agréguese a lo anterior, que en este tipo de negocio jurídico de celebración están sujetos a una condición resolutoria, en el entendido en que se resuelve el vínculo entre los consorciados y los miembros de la unión temporal cuando no se adjudica el contrato, materia u objeto del proceso de selección al cual se presentan bajo esta modalidad.

Adicional a esto, la Sala considera que el derecho en litigio en esta situación (utilidad esperada), es un derecho subjetivo, propio e individual a cada una de las partes del consorcio o unión temporal⁷, determinada por el porcentaje o las actividades que desarrollaría en la ejecución del contrato, elemento perfectamente divisible”⁸.

En este orden, será un litisconsorcio facultativo cuando se trate de los actos previos a la celebración del contrato y de naturaleza necesaria cuando se trate de diferencias suscitadas con posterioridad a la celebración del mismo. Los artículos 50⁹ y 51¹⁰ del Código de Procedimiento Civil regulan las figuras jurídicas del

⁶ “Se tiene así que la privación injusta de la adjudicación al consorcio determina la lesión de los derechos subjetivos de que son titulares cada uno de sus miembros y, en esa medida, pueden éstos, en forma independiente o conjunta, ejercitar la correspondiente acción para demandar la nulidad del acto por medio del cual se adjudicó a otro o se declaró desierta la licitación y la consecuente indemnización de los perjuicios”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 50422-23-31-000-1994-0467-01 (15.321)

⁷ “Como los miembros del consorcio son titulares de relaciones sustanciales independientes y autónomas, no necesitan acudir ante el juez contencioso administrativo en forma mancomunada con los otros integrantes, **pues el derecho en litigio - el de reparación de un derecho subjetivo - es propio e individual**”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 50422-23-31-000-1994-0467-01(15.321)

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, auto de 9 de febrero de 2011, exp. 37.566, M.P. Dra. Olga Mérida Valle de De La Hoz.

⁹ “salvo disposición en contrario, los litisconsortes facultativos serán considerados en sus relaciones con la contraparte, como litigantes separados. Los actos de cada uno de ellos no redundarán en provecho ni en perjuicio de los otros, sin que por ello se afecte la unidad del proceso”.

¹⁰ Cuando la cuestión litigiosa haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, los recursos y en general las actuaciones de cada cual favorecerá a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos”.

litisconsorcio facultativo y necesario respectivamente. En el presente caso, se encuentra evidenciado que se tratan cargos en contra de la resolución que declaró desierto el proceso de licitación pública, razón por la que el litisconsorcio susceptible de integrarse era el de naturaleza facultativa, es decir, en presencia del cual el juez puede dictar sentencia sin necesidad de vincular a otro sujeto de derecho, gracias a que cada integrante de la unión temporal tiene una relación jurídica independiente.

Establecido lo anterior –y descartadas posibles nulidades en el proceso-, se tiene que en el *sub lite* no se presentó la necesidad de vincular a los demás integrantes de la unión temporal, en consecuencia de lo cual se reconoce la capacidad para demandar y la legitimación en la causa por activa.

3. Hechos probados

3.1. Conforman el conjunto de pruebas copia del pliego de condiciones de la Licitación Pública No. 01 de 1997, cuyo objeto era la administración general y de servicios de vigilancia 24 horas, aseo, mantenimiento y alimentación del Centro de Bienestar del Anciano del municipio de Villeta, proyecto que contaba con una partida presupuestal de \$138'834.794.

De igual manera, se aportó la adenda No. 1 de 1997, que aclaró el pliego de condiciones de la Licitación No. 01 de 1997 cuyo objeto era la administración general del Centro de Bienestar del Anciano en Villeta. En el mismo se dejó estipulado:

“D. Referente al numeral 2.4.1., se aclara que el certificado de inscripción vigente en **el registro único de proponentes de la Cámara de Comercio no es obligatorio** por la calificación misma del contrato, pero se puede anexar para acreditar requisitos exigidos en el pliego de condiciones o última declaración de renta.

(...)

F. Referente a los requisitos para la evaluación de las propuestas, la Beneficencia las evaluará de acuerdo a la aplicación del siguiente puntaje, teniendo en cuenta que se modificó el “cumplimiento en contratos anteriores” por “capacidad técnica” y se desarrollarán algunos de ellos:

a.	Precio:	10 puntos
b.	Calidad	30 puntos
c.	Experiencia	10 puntos
d.	Capacidad técnica	10 puntos
e.	Organización empresarial	10 puntos
f.	Capacidad económica financiera	30 puntos
	Total	100 puntos

En la cláusula No. 2.11, que estipuló las causales por las cuales la gerente de la Beneficencia de Cundinamarca podría declarar desierta la licitación, se dejó escrito:

- “1. Cuando no se presente propuesta alguna.
2. Cuando ninguna de las propuestas presentadas se ajuste al presente pliego de condiciones.
3. En virtud del principio de transparencia, cuando se hubiere violado la reserva de las mismas, de manera ostensible, antes del cierre de la licitación.

LA BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA podrá declarar desierta la licitación dentro del término previsto para la adjudicación del contrato, cuando existan, motivos o causas que impidan la escogencia objetiva de la propuesta más favorable para LA BENEFICENCIA, o en el caso de quedar una sola propuesta para la adjudicación y que al efectuarse la ponderación, su puntaje sea inferior a 90 puntos del total a asignar, o sea, sobre 100 puntos.

La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo, en el cual se señalarán, en forma expresa y detallada, las razones que han conducido a esa decisión” (fl. 20 del cuaderno de pruebas).

El último inciso de esta disposición del pliego, en efecto, resulta concordante con el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

3.2. Obra en el conjunto de pruebas copia de la Resolución No. 0640 del 23 de mayo de 1997 que estableció que a la Licitación Pública No. 1 de 1997 se presentaron 4 proponentes, ninguno de los cuales reunió las condiciones mínimas de elegibilidad y escogencia objetiva debido a que *“sus puntajes no superan los (90) noventa puntos sobre 100, de conformidad con los establecido en la cláusula No. 2.11 del pliego de condiciones (...) en concordancia con el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993”*, y en consecuencia resolvió declarar desierta la licitación (fls. 38 a 41 del cuaderno de pruebas).

3.3. Figura también la Resolución No. 0635 del 21 de mayo de 1997, mediante la cual la Beneficencia de Cundinamarca adjudicó el contrato de la Licitación Pública No. 5 –cuyo objeto era la administración general de vigilancia 24 horas, alimentación, mantenimiento, aseo, lavandería y ropería, materiales y suministros, administración de eventos deportivos y culturales a asistidos del Instituto San José en el municipio de Chipaque-, a Abservigia Ltda., concursante que ocupó el segundo mejor puntaje con 77,88 puntos, pero que en todo caso superó a las demás ofertas en los aspectos más importantes del objeto contractual –siendo ellos el precio, la calidad y la organización empresarial-, previa la motivación expresada en los siguientes términos:

“Que de conformidad con lo establecido en el numeral 2.11 del pliego de condiciones, la Beneficencia de Cundinamarca podrá declarar desierta la Licitación dentro del término previsto para la adjudicación del contrato, en caso de quedar una sola propuesta para la adjudicación, cuyo puntaje sea inferior a 90 puntos del total a asignar. No obstante, como el promedio general de las evaluaciones fue inferior a (90) noventa puntos, la gerente podrá apartarse de éste puntaje, dentro del principio de selección objetiva, adjudicando la Licitación Pública No. 05 Instituto San José – Chipaque, al ofrecimiento más favorable, teniendo en cuenta los factores de escogencia, de organización empresarial, precio, calidad en la alimentación y menús ofrecidos y las características en los servicios de vigilancia, aseo y lavandería, acorde a lo expresado en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993” (fls. 50 a 55 del cuaderno de pruebas).

De igual manera, figura la Resolución No. 0641 del 23 de mayo de 1997; mediante esta, la Beneficencia de Cundinamarca adjudicó la Licitación Pública No. 6 -cuyo objeto era la alimentación, mantenimiento, aseo, lavandería y ropería, materiales y suministros, administración de eventos deportivos y culturales a asistidos de la Escuela Santiago Samper Brush del municipio de Boquerón-, a la Unión Temporal Pugal, que obtuvo calificación de 75,81 el mejor puntaje de las 4 ofertas presentadas, siendo la única que reunió las condiciones mínimas de exigibilidad. Para motivar la decisión, usó el mismo argumento anteriormente citado, es decir, que no habiendo obtenido ninguna de las propuestas puntaje igual o superior a 90, la gerente de la entidad se apartó de ese límite con el propósito de garantizar la selección objetiva y adjudicó el contrato a la oferta más favorable (fls. 56 a 59 del cuaderno de pruebas).

3.4. Las ofertas presentadas

3.4.1. De folios 60 a 82 del cuaderno de pruebas, integra el acervo probatorio la propuesta enviada por la Unión Temporal Néstor Orlando Granados Colmenares, Vincy Ltda, FEPA Ltda y Francisco Sandoval, quienes además de aportar el documento de constitución de la Unión Temporal, nombraron como el representante de la misma al señor Néstor Granados, acompañaron la oferta de la respectiva garantía de cumplimiento y asignaron los porcentajes de participación, correspondiéndole al señor Francisco Sandoval el 37.57% de la ejecución, proporcional al servicio de alimentación.

La oferta presentada ascendió al costo de \$136'000.000, rubro correspondiente al tiempo de ejecución estipulado, es decir, 7 meses.

3.4.2. También así –de folios 83 a 152 del cuaderno de pruebas-, figura la propuesta presentada por la firma Sedan Ltda con su respectivo documento de constitución de la sociedad y el de garantía de seriedad. El valor de la misma ascendió a \$138'296.298, precio que abarca la operación de los 7 meses requeridos.

3.4.3. Así mismo –de folio 153 a 182 del cuaderno de pruebas-, obra la propuesta de la Compañía Promotora de Salud COMPROSALUD, habilitada con los documentos exigidos de acreditación y la correspondiente póliza de seriedad de la oferta, cuyo valor total, por la prestación del servicio de administración general durante 7 meses fue de \$137'670.015.

3.4.4. Finalmente, de folio 184 a 269 del mismo cuaderno, se cotejó la propuesta presentada por la firma Abservigía Ltda, que también aportó los documentos de acreditación exigidos en el pliego de condiciones, excepto la inscripción en el registro único de proponentes; fue incluida la garantía de cumplimiento. El valor de la oferta fue calculado en \$136'485.490

3.5. También conforma el conjunto probatorio el informe pericial dictado por los expertos nutricionistas designados, en el cual se concluyó:

“En el cuaderno no. 1, página 16, numeral 15 se expresa “la minuta debe tener un ciclo de catorce (14) menús para cada grupo de hombre referencia, la oferta que presente la mayor variedad tendrá un puntaje de cuatro (4) puntos.

En el mismo párrafo, el demandante afirma: “al presentar U.T. Néstor Granados 14 menús diferentes dieron cumplimiento a la exigencia de la variedad, lo cual no merecía una calificación de cero (0) como si no se hubiese presentado nada.

En el cuaderno No. 2, página 42, cuadro B1, alimentación (20 puntos), se discriminan los valores para cada criterio evaluado a esta empresa proponente en la citada licitación, en donde aparece un puntaje obtenido de 4 puntos para variedad y los puntos totales para el mismo ítem.

La sumatoria total para cada una de las propuestas participantes en la licitación se registra en la página 51 del cuaderno No. 2 y en la página 14 y 32 del cuaderno No. 1, en donde se tienen en cuenta los 4 puntos que el demandante refiere no haberse dado.

Como profesionales de la nutrición e idóneos para evaluar lo concerniente a servicios de alimentos, nuestro dictamen lleva a concluir el desconocimiento por parte del demandante de los valores discriminados dados en el cuadro anteriormente mencionado y los cuales fueron tenidos en cuenta en la sumatoria total para la propuesta en cuestión” (fl. 1 del cuaderno No. 3)

Si bien no se encuentra en el acervo de pruebas la calificación detallada de cada propuesta realizada por el comité de evaluación, la resolución demandada contiene los puntajes obtenidos por cada uno de los concursantes, razón por la que no se presenta la necesidad de calificar nuevamente sus ofertas, comoquiera que la de mejor calificación obtenida fue la presentada por la Unión Temporal Néstor Granados, Vincy, Francisco Sandoval y FEPA Ltda., de allí que la tarea que le resta a la Sala es dilucidar si la causal en que se fundamentó la declaratoria de desierta de la Licitación Pública No. 1 de 1997 –abierta por la Beneficencia de Cundinamarca-, se ajusta a las disposiciones legales y las condiciones del pliego o si es lesivo de las mismas y por ende adolece de nulidad.

En este punto, si bien es preciso resaltar que la Beneficencia podía pactar cláusulas diferentes en cada proceso de licitación y que al demandante, para demostrar una desigualdad respecto del conjunto de licitaciones, le correspondía aportar o solicitar los pliegos de condiciones respectivos de cada proceso, lo cierto es que no cumplió con esa carga. Sin embargo, salta a la vista que los argumentos ofrecidos por la entidad demandada para explicar el manejo diferente en los procesos de licitación simultáneos que adelantaba para los hogares de atención en los demás municipios del Departamento resulta insuficiente, puesto que las exigencias diferentes para atender los requerimientos y necesidades que presenta cada uno de los hogares de beneficencia –de conformidad con el tipo de

población que atiende-, no se verá garantizada por, ni tiene que ver, con las reglas de asignación del puntaje y su condicionamiento en el caso de quedar un solo oferente habilitado.

En efecto, del inciso segundo del numeral 2.11 del pliego de condiciones no se puede colegir que las ofertas habilitadas en el concurso debían de alcanzar un puntaje mínimo para aspirar a la adjudicación, sino que lo allí expresado contempla dos casos: el primero de ellos genérico, tendiente a señalar cualquier razón que impida la selección objetiva de la propuesta más favorable y la segunda, restringida al caso en el que quedara una sola oferta habilitada, llegado el cual la subsistente debía alcanzar un puntaje mínimo de 90 puntos sobre 100 posibles, lectura que le resta todo fundamento a la interpretación sesgada de la Beneficencia de Cundinamarca que convirtió la consecuencia del segundo caso en condición del primero.

Bajo estas circunstancias es necesario anticipar que se confirmará la sentencia puesto que se logró acreditar que la oferta presentada por la unión temporal de que formó parte el demandante obtuvo el mayor puntaje y la razón para declarar desierta la licitación pública por parte de la Beneficencia de Cundinamarca no se compadeció con ninguna contenida en la ley ni en el pliego de condiciones; por el contrario, lo evidenciado fue una amañada lectura de la cláusula, tras de la cual la Administración se resguardó de su omisión al deber de adjudicar el contrato. Así las cosas, resulta preciso advertir que dentro de las pruebas practicadas no existen elementos que permitan enervar el puntaje que el comité de evaluación de la Beneficencia de Cundinamarca otorgó a las propuestas; en otras palabras, no existen razones suficientes que dejen duda sobre el cumplimiento de los requisitos del pliego de condiciones por parte de los proponentes, pues se itera, las cuatro propuestas se encontraban habilitadas y la justificación de la entidad demandada para declarar desierta la licitación, además de errar en la interpretación de la cláusula respectiva, fue contundente y no agregó razones que comprometieran el estricto cumplimiento del pliego de condiciones ni la posibilidad de seleccionar objetivamente la oferta más favorable; en consecuencia, resulta procedente el reconocimiento y pago de los perjuicios provocados con ocasión de la declaratoria de desierta. En todo caso, se antepone que solo se reconocerá a título de indemnización la cifra concedida en primera instancia, debidamente actualizada, gracias a que la parte demandada actúa como apelante único, razón por la que no se puede desmejorar la posición en la que acude.

Con la misma consideración, también se aclara que la indemnización sería susceptible de variar de conformidad con los criterios de equidad que se impusieran en la presente instancia, teniendo en cuenta que el *a-quo* utilizó el monto de cobertura en la póliza de seriedad de la oferta para, con base en su porcentaje, determinar el valor de la indemnización de manera proporcional a la participación en la misma, ignorando que el valor asegurado en la garantía ofrecida obedece a una estimación anticipada de perjuicios por la no suscripción del contrato una vez el mismo haya sido adjudicado, de allí que, en nada se relacione ese criterio con la utilidad esperada por cada uno de los integrantes de la unión temporal y en razón por la cual mal se podría avalar la solución aplicada a la liquidación de primera instancia. En consecuencia, en ejercicio del desarrollo jurisprudencial sobre los criterios de equidad, se determinaría el monto indemnizable de conformidad con el porcentaje mínimo calculado que esperaba obtenerse por concepto de utilidad, pero en garantía del principio de la *no reformatio in pejus*, se mantendrá la condena y sólo se procederá a su indexación.

El monto a cuyo pago se condenó a la Beneficencia de Cundinamarca –en sentencia del 20 de abril de 2005-, fue de \$10'070.679, cifra que actualizada a la fecha de esta sentencia asciende a la suma de **\$14'649.257¹¹**

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. Confírmase la sentencia del 20 de abril de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la parte demandante.

¹¹ Va= \$ 10'070.679 120,27 (IPC febrero 2015)
----- = \$14'649.257
82,68 (IPC abril 2005)

SEGUNDO. Actualízase el valor de la condena a la suma de catorce millones seiscientos cuarenta y nueve mil doscientos cincuenta y siete pesos (**\$14'649.257**).

TERCERO: Sin condena en costas.

Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta de la Sala

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G.
Consejero de Estado